

PROSESSKRIV

til

Borgarting lagmannsrett

Oslo, 7. mars 2024
Vår ref.: 326672-001

Borgarting lagmannsretts sak 24-036660ASD-BORG/01

Ankende part 1: Norges Naturvernforbund
Mariboegate 8, 0183 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Asle Bjelland, CMS Kluge Advokatfirma AS

Ankende part 2: Natur og Ungdom
Torggata 34, 0183 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Amund Noss, CMS Kluge Advokatfirma AS

Ankemotpart: Staten v/Klima- og miljødepartementet og
Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8013 Dep, 0030 Oslo

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten v/advokat Henrik Vaaler

Rettslig medhjelper: Regjeringsadvokaten v/advokat Karen Mellingen

Saken gjelder: Gyldigheten av statlige tillatelser til deponering av gruveavfall i Førdefjorden

**CMS Kluge Advokatfirma
Stavanger**
Olav Kyrres gate 21, Herbarium
Postboks 277
4068 STAVANGER

Tel: 51 82 29 00
Fax: 51 82 29 01
E-post: post@cms-kluge.com

CMS Kluge Advokatfirma Oslo
Bryggegate 6
Postboks 1548, Vika
0117 OSLO

Tel: 23 11 00 00
Fax: 23 11 00 01
E-post: post@cms-kluge.com

CMS Kluge Advokatfirma Bergen
Allehelgensgate 2
Postboks 394 Sentrum
5805 BERGEN

Tel: 55 21 98 00
Fax: 55 21 98 01
E-post: post@cms-kluge.com

Organisasjonsnummer

913 296 117 MVA

Bank

9685.27.21690 (driftskonto)
8396.07.70946 (driftskonto EUR)
9685.27.21755 (klientmidler)
9685.27.54068 (eiendomsmegling)
SWIFT: HANDNOKK

1 INNLEDNING

Vi viser til statens anketilsvar av 1. mars 2024.

Formålet med dette prosesskrivet er å klargjøre uenigheten mellom partene for så vidt gjelder spørsmålet om foreleggelse til EFTA-domstolen.

Miljøorganisasjonene har en rekke innsigelser til det som ellers fremkommer i anketilsvaret, men vi antar at det er mest hensiktsmessig å la dette ligge inntil lagmannsretten har tatt stilling til foreleggelsesspørsmålet.

Miljøorganisasjonene fastholder at saken reiser spørsmål som bør forelegges EFTA-domstolen. Det er grunn til å tro at en rådgivende uttalelse vil bidra til å avklare og forenkle saken. Miljøorganisasjonenes vurdering er at dette samlet sett vil være både tidsbesparende og kostnadsreduserende. Det er uansett viktigst å sikre at lagmannsrettens avgjørelse bygger på en korrekt anvendelse av vanddirektivet. Saken gjelder terskelen for å gjøre unntak fra en av Europas mest sentrale miljøbestemmelser, nemlig forbudet mot å forringe vannressurser.

2 DEN NASJONALE DOMSTOLEN SKAL PRØVE BEGRUNNELSEN I VEDTAKET

Partene er enige om at saken gjelder tolkning og anvendelse av vilkåret om «overriding public interest» i vanddirektivet.¹

Partene er også enige om at den nasjonale domstolen kan prøve alle sider av forvaltningens vurdering av om dette vilkåret er oppfylt.

Tingretten la til grunn at domstolen skal vurdere den begrunnelsen som er gitt i tillatelsen:

«Søksmålets springende punkt er om noen av de hensyn Tillatelsene er bygget på faller utenfor de hensyn som kan utgjøre "overriding public interest" etter art 4 nr 7. [...]»

Staten hevder nå at domstolen kan opprettholde tillatelsen med en annen begrunnelse enn den som er gitt i tillatelsen. Dette fremstår som bærebjelken i statens resonnement for hvorfor det ikke er hensiktsmessig å forelegge saken.²

Statens standpunkt er uriktig. Tillatelsen kan ikke opprettholdes med en ny begrunnelse. Den nasjonale domstolens oppgave er kun å vurdere de hensynene som forvaltningen har vektlagt i vedtaket. Dersom disse hensynene ikke er tilstrekkelige til å utgjøre en «overriding public interest», vil vedtaket måtte oppheves. Det er opp til forvaltningen å vurdere om det deretter skal gis en tilsvarende tillatelse med en annen begrunnelse. Domstolene kan ikke foregripe en slik vurdering.

Dette følger allerede av tradisjonell norsk forvaltningsrett. Dessuten er det klart fastslått i EU-domstolens praksis at begrunnelsen for å anvende unntaket om «overriding interest» skal fremgå av selve vedtaket. Det er denne begrunnelsen som skal prøves av domstolene.

¹ Anketilsvaret s. 1: femte avsnitt: «[...] problemstillingen er om vedtakene er ugyldige fordi det ikke foreligger en «overriding public interest» ved det konkrete tiltaket, jf. vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c».

² Anketilsvaret s. 12 tredje avsnitt: «Som fremhevet i punkt 3.1, kan lagmannsretten legge vekt på alle hensyn den mener er relevante uavhengig av om disse fremgår av begrunnelsen eller ikke. Gitt at saken uansett kan løses på annet grunnlag, fremstår ikke foreleggelse som relevant for løsningen av saken.

EU-domstolens avgjørelse i sak C-364/14 (Schwarze Sulm) er illustrerende. Saken gjaldt bygging av et vannkraftverk. Spørsmålet var om Østerrike hadde gitt en tilstrekkelig detaljert begrunnelse for at det forelå en «overriding public interest». Kommisjonen hevdet at Østerrike bare hadde gitt en helt overordnet begrunnelse for tiltaket, nemlig at produksjon av fornybar energi generelt vil være en «overriding public interest».³

EU-domstolen tok som utgangspunkt at begrunnelsen for å anvende unntaket om «overriding public interest» skal være tydelig beskrevet og forklart i selve vedtaket. Testen ble formulert slik:⁴

«[...] whether the reasons behind the project were specifically set out and explained.»

EU-domstolen fant etter en konkret vurdering at denne testen var oppfylt. Dette ble begrunnet slik:⁵

«[...] contrary to the Commission's assertion, he did not merely refer in the abstract to the overriding public interest in the production of renewable energy, but rather based himself on a detailed and specific scientific analysis of the contested project, before going on to conclude that the conditions for a derogation from the prohibition of deterioration were met.»

Denne avgjørelsen viser tydelig at det stilles krav til begrunnelsen i vedtaket. Det er ikke tilstrekkelig å vise til et hensyn som generelt kan utgjøre en «overriding public interest». Dette er bekreftet i flere avgjørelser fra EU-domstolen.⁶ Et tilsvarende prinsipp gjelder også ved anvendelse av Habitatdirektivet.⁷ Dette er utslag av en generell EØS-rettslig begrunnelsesplikt. Formålet med denne plikten er blant annet å legge til rette for søksmål om gyldigheten av tillatelser.⁸

Dersom domstolene skulle opprettholde et vedtak med en annen begrunnelse enn den som fremgår av vedtaket, for eksempel en generell henvisning til ønsket å sikre Europa tilgang til kritiske mineraler, ville dette i realiteten innebære en omgåelse av kravet til begrunnelse i vedtaket. Den EØS-rettslige begrunnelsesplikten ville bli innholdsløs.

Miljøorganisasjonene vil bemerke at staten – i sin argumentasjon mot foreleggelse – inviterer lagmannsretten til et nytt brudd på EØS-retten, nemlig et brudd på begrunnelsesplikten. Dette bidrar bare til å øke behovet for foreleggelse. Spørsmålslisten til EFTA-domstolen kan utvides, slik at EFTA-domstolen også bes avklare om en nasjonal domstol kan opprettholde vedtaket med en ny begrunnelse som ikke fremgår av vedtaket.

³ C-364/14 avsnitt 67.

⁴ C-346/14 avsnitt 66.

⁵ C-346/14 avsnitt 80.

⁶ Se f.eks. C-529/15 avsnitt 27 og C-43/10 avsnitt 47.

⁷ C-342/05 avsnitt 25: «*Since the latter provision provides for exceptional arrangements which must be interpreted strictly and must impose on the authority taking the decision the burden of proving that the necessary conditions are present for each derogation, the Member States are required to ensure that all action affecting the protected species is authorised only on the basis of decisions containing a clear and sufficient statement of reasons which refers to the reasons, conditions and requirements laid down in Article 16(1) of the Habitats Directive (see, to that effect, Case C-60/05 WWF Italia and Others [2006] ECR I-5083, paragraph 34).*». Lignende formuleringer er inntatt i flere andre avgjørelser, f.eks. C-674/17.

⁸ Eriksen og Haukeland Fredriksen, Norges Europeiske forvaltningsrett (2019) s. 95: «*Det er altså ikke tilstrekkelig å bare vise til hvilke bestemmelser vedtaket bygger på, men det skal også gis en begrunnelse for vedtaket. [...]*».

3 PARTENE ER UENIGE OM HVORDAN VEDTAKET ER BEGRUNNET

Som forklart ovenfor, skal den nasjonale domstolen prøve den begrunnelsen som er gitt i vedtaket. Det neste spørsmålet blir da hvordan vedtaket er begrunnet. Dette er et faktisk spørsmål som må vurderes med utgangspunktet i formuleringene i vedtaket.

Partene har et ulikt syn på hvordan vedtaket er begrunnet. Miljøorganisasjonene vil anføre at tillatelsen hovedsakelig er begrunnet med de fremtidige inntektene fra gruveprosjektet. I tillegg er det lagt en viss vekt på sysselsetting lokalt, men dette fremstår ikke som en alternativ begrunnelse for tiltaket. Etterspørselen etter rutil på verdensmarkedet er nevnt, men dette inngår bare i begrunnelsen for at virksomheten vil kunne «gi økt sysselsetting i et langsiktig perspektiv». Etter miljøorganisasjonenes syn er det klart at vedtaket må oppheves dersom EFTA-domstolen uttaler at hensynet til de samlede inntektene ikke kan utgjøre en «overriding public interest».

Det er ikke nødvendig at retten, allerede før det tas en beslutning om foreleggelse, tar stilling til nøyaktig hvordan vedtaket er begrunnet. Spørsmålsskrivet kan utformes slik at EFTA-domstolen uttaler seg om alle de hensyn som er påberopt i saken. Dette vil være i tråd med anbefalingene i punkt 6 i Domstoladministrasjonens [veileder om foreleggelse for EFTA-domstolen](#).

I anketilsvarets punkt 4.3.3 opererer staten med tre alternative hensyn:

«Som det fremgår av punkt 3.1 over mener staten det i saken foreligger tre alternative hensyn som hver og en utgjør et «overriding public interest» etter vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c. [...]»

Dette må være en henvisning til de tre hensynene som er markert med fet skrift i anketilsvarets punkt 3.1, nemlig «sysselsettingsvirkningene», «tilgangen på rutil globalt» og behovet for å «sikre Norge og Europa tilgang på kritiske mineraler».

Det er oppsiktsvekkende at staten ikke nevner det som var hovedbegrunnelsen i vedtaket, nemlig de samlede inntektene fra gruedriften. Miljøorganisasjonene antar likevel at den opprinnelige begrunnelsen ikke er frafalt. Spørsmålslisten til EFTA-domstolen bør derfor omfatte følgende hensyn:

- (1) De samlede inntektene fra gruvevirksomheten
- (2) Sysselsettingsvirkningene
- (3) Tilgangen på rutil globalt
- (4) Sikre Norge og Europa tilgang på kritiske mineraler

4 PARTENE ER UENIGE OM HVILKE HENSYN SOM KAN UTGJØRE EN «OVERRIDING PUBLIC INTEREST»

Saken reiser spørsmål om hvilke hensyn som kan utgjøre en «overriding public interest». Nedenfor gis det en oversikt over miljøorganisasjonens syn. Formålet er ikke å argumentere for standpunktene, men å vise at det er en reell uenighet mellom partene som tilsier at det er behov for å stille spørsmål til EFTA-domstolen.

(1) De samlede inntektene fra gruvevirksomheten

Rene økonomiske hensyn vil ikke kunne utgjøre en «overriding public interest». Som anført i anken, må det kreves at tiltaket er helt nødvendig for å løse høyt prioriterte samfunnsoppgaver. I anketilsvaret har staten valgt å legge vekt på andre hensyn enn de samlede inntektene fra gruvevirksomheten, selv om dette i Miljøverndepartementets vedtak er omtalt som «den dominerende nytteeffekten for det norske samfunnet som helhet».

(2) Sysselsettingsvirkningene

Forurensende industrivirksomhet vil normalt ha visse sysselsettingsvirkninger. Dette er som hovedregel ikke tilstrekkelig til å utgjøre en «overriding public interest». Unntak kan kanskje tenkes i tilfeller hvor det er fare for massearbeidsledighet i en sterkt underutviklet region. EFTA-domstolen vil kunne gi noen retningslinjer for denne vurderingen. Årsaken til at sysselsettingshensyn bare er nevnt som et støttehensyn i vedtaket, er at det allerede var god sysselsetting i området, slik at behovet for arbeidskraft i hovedsak måtte dekkes med arbeidere fra utlandet og andre deler av Norge.

(3) Tilgangen på rutil globalt

Miljøorganisasjonene vil bestride at det å bidra til tilgangen på rutil globalt i seg selv er en «overriding public interest». Det globale markedet er stort. Norge var allerede en nettoeksportør av titanråstoff og hadde neppe noen interesse i å bidra til reduserte priser. Vedtaket inneholder heller ingen begrunnelse for hvorfor dette i seg selv skulle være et viktig hensyn for Norge. De nye EU-reglene om kritiske mineraler illustrerer at det er det å sikre strategisk tilgang til et kritisk materiale innenfor et avgrenset geografisk område, for eksempel Norge, Europa eller NATO, som etter en konkret vurdering vil kunne utgjøre en «overriding interest».

(4) Sikre Norge og Europa tilgang på kritiske mineraler

I de senere år har det blitt lagt større vekt på at Europa bør være selvforsynt med kritiske mineraler. Miljøorganisasjonene er enige i at dette hensynet – etter en konkret vurdering – kan utgjøre en «overriding public interest». På samme måte som i Schwarze Suhl-m-saken referert ovenfor, vil det ikke være tilstrekkelig med en generell henvisning til dette hensynet. Da vedtaket ble fattet, ble dette hensynet ikke tillagt vekt. Dersom staten nå ønsker å gi tillatelse basert på dette hensynet, må det eventuelt fattes et nytt vedtak hvor dette begrunnes nærmere. Miljøorganisasjonene vil bestride at Engebø-prosjektet i sin nåværende utforming er strategisk viktig for Norge. Det kan i den forbindelse nevnes at det hovedsakelig skal produseres fargepigment og at en vesentlig andel av produksjonen er planlagt eksportert til Asia.

5 SAMMENFATNING

Staten fremhever i anketilsvarets punkt 4.3.1 at ingen av partene anmodet om foreleggelse da saken sto for tingretten. Deretter uttaler staten at det ikke kan «ses å ha tilkommet nye omstendigheter som tilsier at saken forelegges nå».

Staten overser at saken har endret karakter. Under tingrettsbehandlingen anførte miljøorganisasjonene flere alternative grunnlag for ugyldighet. Det var derfor usikkert om EØS-spørsmål ville komme på spissen. Dette er bakgrunnen for at Miljøorganisasjonene ikke tok initiativ til foreleggelse i den instansen.

For lagmannsretten er saken begrenset til vanndirektivet. Tingrettens dom viser at denne delen av saken reiser prinsipielle spørsmål om direktivtolkning. Det er derfor helt sikkert at en rådgivende uttalelse vil være relevant for løsningen av saken.

* * *

Prosesskrivet lastes opp i Aktørportalen av advokat Amund Noss på vegne av begge prosessfullmektiger for de ankende parter.

* * *

Oslo, 7. mars 2024
CMS Kluge Advokatfirma AS



Asle Bjelland
advokat



Amund Noss
advokat